En la ciudad de Puerto Madryn , a los días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara M., Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T., M., de los A., c/ E., M., S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. 144 Año 2016),** venidos del Juzgado Laboral No. 2 (Expte N° 010170/14), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 260.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 229/236 vta., la cual fue apelada por la parte demandada a fs. 239, siéndole concedido el recurso a fs. 240. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 241/247, siendo contestado por la contraria a fs. 249/252 el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda condenando a E., M., S.A. a abonar a M., de los A., T., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 176.388,72.- con más los intereses del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas desde la exigibilidad

de cada crédito hasta el efectivo pago; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Evaluó inicialmente la a quo que la actora fue despedida conforme la C.D. del día 23/10/2013 (fs. 9), la cual fue fundada en la causal del art. 244 LCT, en razón de encontrarse la actora ausente a su trabajo desde el 25/09/2013 y desoyó las C.D. enviadas los días 8 y 15 de Octubre de 2013.

En el caso se presentó una discrepancia entre el médico que atendía a la actora de su dolencia y el profesional de la empleadora que efectuaba el control pertinente de esa situación dado que no existió uniformidad de criterio sobre los días que debían concederle como licencia por enfermedad.

Ante este cuadro, la a quo ha dicho que era exigible un proceder prudente por parte del empleador, el cual no se dio en este caso. Concluyó la sentenciante afirmando que ante las discrepancias entre las opiniones médicas no pudo otorgarse preeminencia a una de las certificaciones sobre la otra, sino que debieron hacerse las diligencias conducentes para determinar la real situación del empleado y, en último caso, el requerimiento de una junta médica oficial, privada o administrativa, la que debía ser tramitada por el empresario que estaba en mejores condiciones de hacerlo.

Con respecto a la retención de salarios efectivizada por la patronal, ha dicho la sentencia que si la accionada estaba disconforme con el diagnóstico y el reposo laboral prescripto a la actora o dudaba de la veracidad de la situación que reflejaban los certificados acompañados por la trabajadora, pudo haber recurrido a una tercera consulta con un especialista en la dolencia de la actora o haber realizado una junta médica pero no podía retener salarios de la trabajadora enferma que había comunicado su dolencia y justificado su inasistencia con los certificados médicos.

En el marco descripto, la sentenciante ha dicho que el despido dispuesto invocando la figura de "abandono de trabajo" devino un acto ilícito e incausado, pues el empleador tenía cabal conocimiento de la dolencia que aquejaba a la dependiente y que le imposibilitaba prestar tareas, por lo que no pudo invocar válidamente el abandono de tareas y dar por finalizado el vínculo y tampoco privar a la trabajadora enferma de su ingreso económico. En razón de lo expuesto, la a quo declaró a favor de la actora los haberes correspondientes a Septiembre y Octubre de 2013, la indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva del Preaviso, SAC s/ Preaviso e Integración del mes del despido.

Admitió la sentencia el agravamiento previsto en el Art. 1 de la Ley 25.323 en razón de haber acreditado la accionante con la prueba testimonial una *registración deficiente* del vínculo en lo que hace al inicio de la relación laboral; comenzó a trabajar el 12 Diciembre de 2007 y fue registrada con fecha de inicio el 15 de Abril de 2008.

Finalmente, admitió el incremento indemnizatorio del Art. 2 de la Ley 25.323 ante la falta de pago de las indemnizaciones por despido incausado.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) En su primer agravio, expresa la demandada que la actora fue despedida por "abandono de trabajo" y que para ello se la constituyó previamente en mora, haciendo caso omiso la ex empleada a la intimación de reingreso a las tareas, aun careciendo de licencia médica otorgada por la patronal, arguyendo estar "ejerciendo el derecho de retención de servicios" no por guardar resposo bajo licencia médica, lo que motivó que fuera despedida. Realiza seguidamente una serie de apreciaciones personales sobre su enfoque particular de la cuestión debatida y sobre la discrepancia

existente entre el médico personal de la reclamante y el de la empresa con respecto al diagnóstico y tratamiento de la paciente.

Imputa error a la sentenciante en cuanto decidiera que debió su parte solicitar una junta médica para dilucidar cuál de las dos opiniones médicas era la correcta y ello lo basa en que no está así señalado en ningún texto legal y porque quien estaba interesada en demostrar que padecía una enfermedad invalidante y que ello le impedía trabajar era la actora.

Discrepa también con la a quo sobre la necesidad de haber requerido una tercera opinión e insiste en que quien debía acreditar la dolencia e impedimento era la actora.

Exhibe su postura sobre el tema afirmando que la a quo interpreta que las inasistencias de la actora estaban justificadas porque un médico particular había expedido un certificado médico pero es sabido que sólo se justifican las ausencias si el médico de contralor laboral las convalida.

En cuanto al no pago de salarios por parte de la empleadora expresa que ello se debió a las "inasistencias injustificadas" en que incurriera la dependiente.

Reitera que las razones por las que la actora no se presentó a trabajar, previo a la desvinculación, no fue por problemas de salud sino que comunicó que se encontraba "ejerciendo el derecho de retención de servicios" o sea que "no quería" ir a trabajar y no que "no podía".

Hace luego una exposición sobre la apreciación que tuvo la a quo para con los médicos tratantes y sobre facultad que tiene el médico de la empresa y se pregunta para qué sirve el contralor médico de la patronal si no puede contrariar la opinión del médico de cabecera. Insiste en que dentro del control está la facultad del médico de contralor de coincidir o disentir con el médico tratante.

Esgrime después una postura doctrinaria para aplicar al caso de

discrepancia entre el médico patronal y el del trabajador. La misma dice que se debe requerir una junta médica oficial en la órbita administrativa o aguardar a que el trabajador recurra a la justicia para que dirima la cuestión y hasta entonces el trabajador no percibe salario por los días que faltó aduciendo enfermedad que la empresa no justificó,

Culmina el punto reiterando que cuando la actora fue intimada a trabajar no respondió que estaba bajo tratamiento médico sino que estaba "ejerciendo su derecho de retención de tareas", lo cual la pone en una situación distinta a la supuesta imposibilidad de trabajar, justificando el despido por abandono de trabajo.

3.2) Agravia a la recurrente la imposición de las Multas de los Arts. 1 y 2 de la Ley 25.323. Con respecto a la incorrecta registración de la fecha de ingreso, expresa que nunca la actora efectuó reclamo alguno por dicha circunstancia y jamás intimó a la patronal para modificar la fecha de ingreso. Afirma que la fecha de ingreso no es la que denuncia la dependiente y que ello tampoco ha sido acreditado en autos. Hace referencia a la prueba testimonial, a su valoración y calificación que le merece y sostiene que los datos aportados por I., L. y C., son falsos y que no se acreditó que la actora haya sido registrada tardíamente. Critica que la sentencia haya valorado los testimonios y haya descartado la prueba documental aportada en el proceso. Respecto de la Multa del Art. 2 de la Ley 25.323 expresa que no existió ningún incumplimiento de la demandada que obligara a la actora a promover la acción judicial. Solicita que esta Alzada ejerza la facultad de morigerar o eliminar las multas consideradas.

3.3) En el último agravio se plantea que la demandada es una Pyme por lo que, conforme el art. 95 de la Ley 24.467 no correspondía hacer lugar a la integración del mes de preaviso y que debe eliminarse ese rubro de la condena.

Dentro de este punto cuestiona "los intereses" aplicados en la sentencia. Expresa que la actora solicitó la tasa activa y la a quo condenó al pago de una tasa mucho más elevada (intereses para operaciones generales), por lo que solicita su modificación por este Cuerpo.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – El despido por abandono de trabajo

A) Al comenzar a transitar el camino que me conduzca a dar respuesta a la queja de la recurrente, corresponde dejar sentado que en el inicio de la fundamentación recursiva se expresa -en cuanto a la causal del despido- algo distinto a lo que se expresara en el envío postal mediante el cual se notificara la causal del mismo a la dependiente (conf. fs. 9). En efecto, en la comunicación postal referida la empleadora fundó la causal del despido en que la actora *"…desde el día 25 de septiembre de 2013 se encuentra ausente de su puesto de trabajo. Asimismo, Ud. desoyó las cartas documentos que le fueran enviadas con fecha 8 y 15 de octubre de 2013. Que obvio colegir que dado la gravedad de su ausencia prolongada, se configuró injuria laboral, habiendo abandonado Ud. sus tareas, hecho motivador de la interrupción definitiva del vínculo laboral, que hace insostenible su continuidad…"*.

Pues bien, lo que nunca se dijo allí es lo que se expresa en el agravio, al decir la recurrente: *"…haciendo caso omiso la ex empleada a la intimación de reingreso a las tareas, aun careciendo de licencia médica otorgada por la patronal, arguyendo*

estar "ejerciendo el derecho de retención de servicios", no por guardar reposo bajo licencia médica, lo que motivó fuera consecuentemente despedida…" (fs. 241).

De la notificación del despido efectuado por la empleadora (conf. fs. 9) no surge que lo que motivó el mismo haya sido la respuesta de la dependiente cuando dijo que estaba *"ejerciendo el derecho de retención de servicios"*.

Es por ello que estas expresiones de la queja no puedan ser evaluadas a la luz de lo normado por el art. 243 LCT. Cuando de las causas de la cesantía se trata, existe una suerte de fijeza prejudicial en el sentido de que no se admitirá la modificación posterior de los motivos en que se funda la ruptura del contrato consignada en la comunicación que se hiciera por escrito al trabajador, según lo dispone el art. 243 de la LCT, respecto de la invariabilidad de la causa del despido (conf. SCBA, 15/05/84, DT, 1984-B1101).

B) Ubicándonos en el centro de la problemática y a los fines de no incurrir en reiteraciones innecesarias, nos encontramos con una dependiente que le presentó a su empleadora certificados otorgados por su médico personal (Dr. M., F. M.,) de los cuales surgen sus indicaciones justificativas de enfermedad que abarcaron los siguientes períodos: 15 días a partir del 04/09/13 (fs. 30) y posteriormente 15 días a partir del 23/09/13. Como bien lo reconoce la parte demandada en su contestación de demanda, los días que fueron otorgados y justificados por el médico personal de la actora no fueron justificados por el profesional médico de la empleadora (Dr. M., W.,) quien justificó muchos menos días (conf. fs. 32/35 y 80/80 cuater).

De este modo quedó planteado un evidente caso de "discrepancia" entre el médico de la dependiente y el de la empleadora con relación a la dolencia, indicaciones y tratamiento a seguir por la paciente.

Ante este cuadro, corresponde analizar la forma en que procedió la demandada: la postura de la empleadora se plasmó en la comunicación postal del día 08/10/2013 (fs. 2) mediante la cual intimó a la actora a presentarse a trabajar en razón de estar ausente sin aviso desde el día 25/09/2013; la actora respondió que estaba gozando de licencia por enfermedad conforme certificación oportunamente entregada a la patronal (conf. fs. 5); la postura de la empleadora fue reiterada en el envío del 15/10/2013 imputando ausencia sin aviso desde el 25/09/2013 (conf. fs. 7) y se llegó al día 23/10/2013 en que la demandada despidió a la actora por "abandono de trabajo" (conf. fs. 9).

Surge con claridad de toda esta actuación extrajudicial que, ante la discrepancia médica planteada en el caso, la patronal hizo prevalecer la opinión de "su" médico laboral (Dr. M., W.,), dejando de lado y considerando sin valor vinculante para el caso las certificaciones e indicaciones expedidas por el médico de la dependiente (Dr. M., F. M.,) y, conforme a ello, procedió a su despido considerando injustificada su no presentación a trabajar, en razón de que "su" médico (el de la empleadora) no justificó las ausencias durante los mimos días que el profesional de la dependiente.

C) Ante los hechos aquí ocurridos, a la luz de lo sentenciado y del tenor del agravio, la cuestión nodal a discernir está vinculada a la procedencia del distracto laboral dispuesto por la demandada por abandono de trabajo (art. 244 LCT) y a determinar los alcances del control médico al que la norma del art. 210 LCT somete al trabajador.

El "control" que en formato de atribución le confiere el art. 210 LCT al empleador, supone la posibilidad de que éste despliegue los medios idóneos para constatar que la dolencia denunciada por el trabajador se corresponda con su cuadro físico y sintomática, de forma tal de tener por cierto o al menos

probable en alto grado, que su estado de salud se encuentra mermado en los términos que afirma; aventando así comportamientos simulatorios o conductas reprobables.

Versando el art. 208 LCT sobre enfermedades o accidentes ajenos al ámbito laboral, desaparece la obligación estatuida sobre el empleador como custodio de la integridad psicofísica del trabajador (art. 75 LCT), quedando estrictamente en manos de este último la salvaguarda de su salud en expresión máxima del principio de reserva (art. 19 CN); y, por ende, dentro de su esfera íntima la selección y elección de los medios y formas que mejor estime corresponder para el adecuado tratamiento de su estadio, tendientes al apropiado recupero de su anterior capacidad.

En tal inteligencia, el "control" establecido por el art. 210 LCT, constituye un mero avizoramiento de la situación, el que no puede trasvasar la simple visación del cuadro denunciado; en tanto lo contrario, implicaría condonar la ingerencia y participación del empleador en el direccionamiento y decisión en una cuestión íntima y discrecional del trabajador, cual es el gobierno de su salud, avasallándose abiertamente la dignidad más elemental que debe observarse respecto de toda persona humana. En esta dirección ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional que *"…El derecho a la intimidad, consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional, protege un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones y hechos y que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad… El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad,*

sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona…" (conf. CSJN, Fallos, 322:2139).

La "discrepancia" entre el diagnóstico del Médico del Trabajador y el Médico el Empleador, para ser atenida como tal y surtir efectos entre las partes, debe versar sobre la inexistencia misma del cuadro denunciado, es decir, la materialización de una conducta simulatoria, ardidosa o dolosa del trabajador, que alega una situación que no es real; pues los diferentes pareceres respecto de una sintomatología determinada, no deja de ser una cuestión científica propia en el ámbito de los profesionales del arte de curar,

y que habitualmente acontece; de donde sigue que ese contrapunto posicional, representa una disparidad de opiniones dentro de parámetros científicamente discutibles, y en donde necesariamente debe prevalecer lo signado por el profesional del trabajador, en tanto lo contrario implica despojar a este último del cuidado de su propia integralidad corporal, desplazando esa tutela hacia el empleador, a la sazón, tercero ajeno a la situación (conf. Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, LLOnline AR/JUR/59207/2012).

Dice Mario ACKERMAN que siendo el trabajador el único interesado en ganar el salario de incapacidad, el aviso de la misma es la condición o presupuesto del derecho a la remuneración (conf. *"Incapacidad Temporaria y Contrato de Trabajo"*, pág. 253). La contrapartida de ello representa la facultad del empleador de efectuar el control del ausentismo (art. 210 LCT), cuyo fundamento radica no sólo en la necesidad de éste de adoptar las medidas que eviten un perjuicio a su explotación empresaria, sino en poder arribar al conocimiento de las causas y manifestaciones de la invalidez, para determinar su previsible prolongación y sus consecuencias sobre el

trabajador en relación a la continuidad de la vinculación o para la adopción de las medidas necesarias en tutela de la integridad psicofísica de aquél (art. 75 LCT). Resulta violento sino inequitativo otorgar mayor primacía a una certificación médica por encima de la otra, por cuanto las mismas representan en sí el legítimo ejercicio de los derechos de ambas partes integrantes de la relación sustantiva laboral. A pesar de ello no resulta reprochable admitir los argumentos de aquellos autores que han interpretado que de reconocerse primacía a alguno de los dictámenes debería darse preferencia al del trabajador, básicamente por la confrontación de los intereses en juego: la salud del dependiente y su derecho a la prestación alimentaria que constituye el salario de incapacidad temporaria, frente a las consecuencias exclusivamente patrimoniales que ello puede acarrear al dador de trabajo (conf, ACKERMAN, M., ob. cit., pág. 269). El referido autor cita a RAMIREZ GRONDA quien sostiene que al atribuirse a la empresa una parte del riesgo que supone la enfermedad o accidente inculpable aparece también como facultad suya la de enterarse de la existencia del infortunio y verificar su magnitud, el reconocimiento de esta facultad reclama examinar con cuidado las diversas posibilidades que sugiere el asunto, a objeto de que, so color de proteger los derechos del principal, no se llegue a reducir o anular el beneficio que se instituye a favor del trabajador que ha caído víctima del infortunio (conf. Cám.6ª.Apel.Trabajo, Mendoza, in re *"Duci, S.E. c/ Consolidar Comercializadora S.A. s/ Despido"*, N° 18.119; Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

La prevalencia del criterio médico del profesional del trabajador encuentra sustento no sólo en el respecto a la dignidad de la persona de este último; sino también en resultar el mecanismo que mejor garantiza el beneficio que

la ley le concede; por cuanto admitir la supremacía del facultativo de la patronal, importaría conferirle a dicha parte no solo la potestad de otorgamiento de la licencia sino también la posibilidad de interrumpirla. Por lo demás, del conjuro de los arts. 208 y 209 LCT, claramente surge que el dependiente para acceder a la licencia paga por enfermedad o accidentes inculpables debe dar aviso a su empleador por medio fehaciente que certifique la situación incapacitante, en lo que constituye un acto jurídico autosuficiente que no requiere consentimiento o validación alguna de la patronal para tornarse operativo; de donde sigue que fue explícita la voluntad del legislador de limitar al empleador a un mero control mediante el art. 210 LCT; en definitiva, única obligación del trabajador (conf. voto Dr. Dardo A. Fernández, Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

En esta misma dirección se ha decidido que si bien no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el del control empresario, en principio, es razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, ya que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador (conf CNTrab., Sala V, 31/05/2011, DT 2011 (octubre), 2682; CNTrab., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008).

El argumento para dar prioridad al dictamen del médico del trabajador se basa en que éste es quien tiene a su cargo el tratamiento médico del dependiente y consecuentemente es quien sabe con mayor precisión en qué estado se encuentra el trabajador, pues el médico de la empresa sólo puede controlar el diagnóstico dado por el mismo (confirmándolo o cuestionándolo), más no puede dar indicaciones al trabajador respecto del tratamiento que debe seguir (conf. CNT., Sala X, 18/04/2011, *"González, C.A. c/ Dota S.A."*; CNT., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008; GASQUET, P.A., *"La problemática de los certificados médicos en el ámbito de las relaciones laborales"*, DJ 07/08/2013, 1).

D) Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, también es válida la opción de recurrir a una tercera consulta médica para desempatar las opiniones, pero el empleador debe tomar la precaución de requerir la asistencia de un profesional despojado de subjetividad a favor de alguna de las partes en conflicto, tal como suele ocurrir con la opinión de los médicos de las empresas de medicina laboral, quienes (a veces) con el objetivo de conservar al cliente procuran atemperar su opinión profesional si la misma puede no ser conteste con la intención esbozada por el empleador. Por ello, es aconsejable que esa tercera opinión esté despojada de todo tipo de prejuicios o intereses sectoriales (conf. GASQUET, P.A., ob. cit.).

La jurisprudencia avala esta posibilidad y es por ello que se ha resuelto lo siguiente: *"Con un criterio de colaboración y solidaridad, constituye un obrar prudente del empleador realizar al menos una tercera consulta, ante la discrepancia de los dictámenes médicos relativos a la salud del trabajador"* (CNTrab., Sala X, 12/07/2006, in re: *"Casaccio, G.C. c/ Transp. Autom. Plaza S.A."*; cit. GASQUET, ob. cit.). La empleadora no recurrió a este procedimiento.

E) Corresponde destacar que, frente a una problemática como la que aquí se planteara entre las partes, debe priorizarse el cumplimiento de un principio rector que nos dice que si bien el empleador debe ejercer sus facultades de control, también es su deber evitar en lo posible originar un perjuicio para alguna de las partes, en su intención de hacer cesar un estado de incertidumbre y de allí que antes de tomar la decisión extrema de extinguir el vínculo, resulta lógico y conforme a la Ley de Contrato de Trabajo, que agote los medios que tiene a su alcance para mantener su continuidad (conf. CNTrab., Sala IV, 30/05/2012, LLOnline AR/JUR/29778/2012). Este principio no ha sido respetado en el caso por la demandada.

F) Bajo los parámetros que hasta aquí he venido desarrollando, la conducta de la demandada al tener por justificadas solamente las ausencias que admitiera el médico de la patronal, es porque ha considerado que las certificaciones presentadas por la dependiente y que otorgara su médico personal no fueron aptos para acreditar enfermedad, patología, ni imposibilidad para trabajar y entiendo que ello no se ajusta a derecho. Y el desajuste se debe a que la empleadora -como el profesional médico que la asesora- no puede abrir juicio de valor en relación a la aptitud del facultativo que extendió la certificación, por cuanto ello importaría erigirlos en una instancia superior revisora de la idoneidad de dicho galeno, careciendo de las facultades para tal proceder y es por ello que el cuestionamiento de la aptitud de los certificados presentados por la actora -que surge evidente de la conducta asumida por la patronal- aparece infundado y huérfano de atención.

De lo analizado se advierte un ejercicio abusivo por parte de la demandada, del control médico previsto por el art. 210 LCT, en tanto excedió los límites de la mera visación, para directamente disponer del estado de salud de la actora al detener y no respetar el goce de la licencia en curso; y, por ende, el emplazamiento requiriéndole que retome sus tareas encontrándose de licencia, carece de virtualidad legal suficiente para sustentar la requisitoria, deviniendo ad nutum el distracto consumado por la demandada, reputándoselo incausado y con los efectos que tal modalidad extintiva acarrea, conforme fuera resuelto en la instancia originaria.

Dentro de este cuadro de situación, el hecho que el empleador ejerza el derecho de control previsto por el art. 210 de la LCT y que no se encontrara satisfecho con los informes médicos elaborados por el profesional que asiste a la dependiente por existir discrepancias entre los profesionales de ambas

partes, no implica lisa y llanamente que pueda suspender el pago de los haberes de la trabajadora, resultando prudente en ese supuesto eximir de prestar tareas a la dependiente y continuar con el pago de su remuneración, empero comunicarle fehacientemente que el mismo está condicionado al resultado del dictamen médico emitido por un tercer profesional imparcial, pues en el supuesto que el mismo no justifique la dolencia de la trabajadora, sus ausencias serán calificadas como injustificadas y se le dará por decaído el derecho a percibir los haberes por dicho lapso, procediendo al inmediato descuento como ausencias injustificadas. Este procedimiento tampoco fue empleado por la demandada y de allí que sea reprochable su conducta, tal como se decidiera por la sentencia en crisis.

La fundamentación que hasta aquí he desarrollado me conduce al rechazo del agravio bajo análisis.

4.2 – <u>Imposición de la multa del Art. 1 Ley 25.323</u>

La recurrente hace un planteo sobre la valoración de la prueba testimonial que contiene la sentencia y afirma que los datos aportados por las testigos I., L. y C., *"…son falsos y sólo han acreditado en autos su profundo resentimiento…"* (conf. fs. 246).

Con respecto a la valoración de la prueba "testimonial", he dicho reiteradamente como integrante de este Cuerpo que debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc.

(conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149). Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración testimonial producida en autos.

La queja hace referencia a la testigo L. (fs. 151/y vta.) quien dijo ser amiga de la actora quien es madrina de su hija. Ello hace que su testimonio deba ser analizado con mucha prudencia y estrictez pero en modo alguno estaba

inhabilitada para declarar en el proceso, al menos ello no ha sido demostrada por la quejosa. En cuanto al interés en el proceso, la declarante dijo que se había despedido injustamente a la actora y que a ella también, como les pasara a muchos compañeros que fueron despedidos de la misma manera. No advierto que esta apreciación invalide la declaración dado que, en última instancia, hizo referencia a la existencia de varios despidos en la empresa demandada y no más que eso.

Con respecto a lo expuesto sobre la testigo I., (fs. 152/y vta.), la misma fue clara al decir que la actora ingresó en Diciembre de 2007 y que ella lo había hecho en Enero de 2008. También aclaró -y es lo que la queja pasa por alto- que tanto la actora como la declarante comenzaron a prestar servicios en "Anakainosis" y que luego trasladaron a la actora a "E., M., ". Esa es la razón por la cual cuando en la primera repregunta se le preguntó sobre la fecha en que comenzó la actora a trabajar para "E., M., " contestó que fue en Enero de 2008 que es cuando fue trasladada, pero quedó claro que el ingreso fue en Diciembre de 2007. La recurrente hace un juego con los términos de la declaración que no condice con la realidad de la misma.

Por último, la testigo C., (fs. 193/194) exhibió una postura personal que hace que no pueda ser considerada como una testigo imparcial y de allí que sus dichos no adquieran relevancia ni eficacia probatoria (art. 460 CPCC).

De lo analizado surge que hubo dos testimonios que han sido coincidentes y relevantes a los fines de los hechos a acreditar en el proceso y en modo alguno se advierte que surja de ellos falsedad o animosidad en perjudicar a la demandada. Sus respuestas han sido fundamentadas y referidas a hechos de los que tuvieron conocimiento directo.

Ahora bien, luego de lo analizado, tengo en cuenta que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estas testigos por la vía pertinente. O sea, no

advierto que con relación a la producción de los referidos testimonios se haya desplegado de parte de la apelante alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de los mismos sobre los hechos que declararan en el proceso. En efecto, el art. 34 de la ley del fuero admite la "tacha" de los testigos por motivos fundados en inhabilidad y/o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, inclusive la norma del art. 460 del ritual también permite que las partes aleguen y prueban acerca de la idoneidad de los testigos. A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Deviene así en el interés del propio justiciable, a la par que satisface la observancia de colaboración con el órgano jurisdiccional, utilizar el instrumental técnico que brinda el artículo 460 del ordenamiento procesal y el art. 34 de la ley del fuero.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio de que en definitiva -conforme lo vengo diciendo aquí- es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia.

En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la

sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto -con excepción de lo ya dicho sobre la testigo C.,- fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar los testimonios que han arrimado probanzas relativas a la fecha de ingreso de la actora en la empresa demandada.

En realidad no surge de las fundamentaciones de la recurrente elementos sólidos y suficientes que logren convencer sobre que la decisión final del tema bajo análisis debió ser distinto a lo sentenciado por la a quo y de allí

su irrelevancia como agravio que debe ser rechazado.

4.3 – <u>Aplicación de la multa del Art. 2 Ley 25.323</u>

La afirmación de la quejosa sobre la inexistencia de incumplimiento de su parte que obligara a la actora a promover la acción judicial no tiene sustento alguno conforme surge de estas actuaciones y de allí que la imposición de la multa cuestionada deba ser confirmada, no existiendo causas que justifiquen la conducta de la empleadora y que permitan su morigeración.

4.4 – <u>Aplicación del Art. 95 Ley 24.467</u>

Dice la recurrente que acreditó que es un Pyme y pretende que no se haga lugar a la petición de integración del mes de preaviso conforme el art. 95 de la Ley 24.467, lo cual no fue considerado por la a quo.

La Ley 24.467 dispone que “pequeña empresa” es aquella que reúna las dos condiciones siguientes: a) Su plantel no supere los cuarenta trabajadores y b) Tenga una facturación anual inferior a la cantidad que para cada

actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento del art. 104 de la ley (en realidad hay un error en el número del artículo dado que el que crea la referida Comisión es el art. 105).

Del análisis de las pruebas producidas en autos no surge que la recurrente haya acreditado los requisitos que la ley exige para considerar "pequeña" a una empresa y de allí que el agravio no pueda admitirse.

4.5 – <u>La tasa de interés</u>

La sentencia impuso sobre el monto de condena el pago de intereses que serán liquidados de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas. Esto agravia a la demandada en razón de que la tasa pedida en la demanda fue la "activa" y la impuesta es una mucho más elevada. Le asiste la razón.

En primer término, ha dicho reiteradamente esta Alzada ante casos similares que no corresponde aplicar al caso retroactivamente la normativa del CCyC conforme lo ha hecho la a quo al determinar la tasa de interés a computar sobre el monto de condena.

Por otra parte, lo decidido en este punto por la sentencia dictada en la instancia originaria es contrario a la doctrina y criterio vigente vertido por nuestro STJ. En efecto, el Máximo Tribunal Provincial determinó oportunamente que en instancia originaria y en atención a las públicas y notorias variaciones de la economía Argentina, viene aplicando la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. (conf. STJCH, in re: *"C., N.J. y Otros c/ C., M.N. s/ Rendición de Cuentas"*, S.D. N° 05/SER/09).

Si bien es cierto que los jueces están facultados para fijar la tasa de interés aplicable al caso, aquí no solamente se ha hecho jugar de manera

inadecuada (retroactiva) la normativa del CCyC sino que se hace aplicación de una tasa de interés que no es la que viene aplicando de manera uniforme nuestro STJ sin que se haya fundamentado adecuadamente las razones del apartamiento. Pero, además, hay que tener presente que es doctrina reiterada de nuestro STJ que, en principio, debe respetarse y admitirse la tasa de interés que se peticiona en la demanda cuando ello no es materia controvertida en el proceso.

En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo admitir la queja en tratamiento y determinar que la tasa de interés que debe ser aplicada sobre el monto de la condena es *la tasa activa para descuento de documentos del Banco del Chubut S.A.*, peticionada por la actora al demanda y no controvertida durante el proceso, a computarse durante el período indicado en la sentencia en crisis lo cual tampoco no ha sido cuestionado.

5 – <u>Conclusión</u>

Los fundamentos precedentemente expuestos me conducen a concluir que, admitiendo el agravio de la recurrente, debe revocarse la sentencia en crisis en el punto que corresponde a la determinación de la tasa de interés a computarse sobre el monto de la condena; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de queja. Es mi voto.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable la normativa del art. 282 del CPCC. En el caso, el resultado del recurso no altera la calidad de vencida que corresponde a la demandada en el proceso (art. 69 CPCC) y de allí que no corresponda realizar la adecuación que prevé la norma citada.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado del recurso concedido a la requerida y teniendo en cuenta que la cuestión relativa a la tasa de interés aplicable se trata de un tema decidido de oficio por la Sra. Magistrada a quo, la que no ha sido defendido por la actora en su contestación de fs. 249/252, procede imponer las costas de la Alzada a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados apoderados de la actora, Dres. F., A., A., y M., A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de la letrada apoderada de la demandada, Dra. M., M., P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el

IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° IV y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u> la Sra. Jueza de Cámara M., Inés de

Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

2.1

La cuestión medular que causa agravio a la parte recurrente es la decisión de la magistrada de grado de estimar ilegítimo el despido dispuesto por la empleadora el día 23 de octubre del año 2013 (fs. 9) para el que invocó la figura legal del abandono de trabajo, prevista en el art. 244 de la LCT.

a) No advierto vicio alguno en el razonamiento sentencial al anticipar que consideraba ilegítimo el despido y luego desarrollar los fundamentos que sostenían su decisión.

La sentencia es una unidad lógico-jurídica, y es su parte dispositiva la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos. Y tal consigna, más allá *"del encuadre habitual del estilo de la judicatura"*, se ha resguardado en la sentencia en crisis.

b) Por otro lado, vale recordar que en el despido causado, debe notificarse la causal del distracto y no podrá ella modificarse en el juicio posterior. Al respecto nos enseña la doctrina con relación a la causa que se invoca como fundamento de un despido que *"Resultado del deber de buena fe, que impone a las partes indicar concretamente en sus comunicaciones cuáles son los reclamos que se dirigen y cuál la actitud que adoptarán en caso de que no sean satisfechos, y de la genérica garantía de defensa, que brinda a los individuos la posibilidad de contar con certeza sobre los medios, los tiempos y las formas adecuadas para reclamar o defenderse de reclamos ajenos, la comunicación que decide la extinción del vínculo debe expresar de modo claro y completo los hechos que se invocan para la decisión*

extintiva. La deficiente invocación de la causa al momento de la comunicación no puede luego suplirse. (…) El intento de variar la causa de despido (a través de una contestación posterior, de la invocación de un hecho distinto en la contestación de la demanda o de la prueba producida en la causa) se equipara a la formulación insuficiente ya que, en cualquiera de los dos casos, el empleador incumple su obligación de precisar los motivos de su decisión". (Armando Rocha en Tratado de Derecho del Trabajo-T IV- Mario E. Ackerman Director-Diego Tosca Coordinador, pag.178/179).

La patronal ninguna mención hizo al exteriorizar su voluntad rescisoria, a la retención de tareas argumentada por la actora por lo que mal puede estructurar su queja sobre tal circunstancia, quedando fuera de la valoración para sostener o no la legitimidad del despido dispuesto por aquélla.

c) Dicho lo anterior y reiterando por cuestiones de estructura de este voto, los hechos que sostienen la materia del agravio, diré que la Sra. T. presentó a la empleadora certificados otorgados por su médico tratante el Dr. M., M., que justificaban la enfermedad durante los siguientes períodos: 15 días a partir del 04/09/13 (fs. 30) y posteriormente 15 días a partir del 23/09/13. Asumió la demandada en su contestación de demanda, que los días que otorgados y justificados por el Dr. M., no fueron justificados por el Dr. M., W, profesional médico de la empleadora, quien justificó muchos menos días (conf. fs. 32/35 y 80/80

cuater).

Por otro lado, y en tal contexto fáctico, E., M., S.A. expuso su posición por CD 409933181 de fecha 08/10/2013 (fs. 2), dirigida a la actora *"Estando Ud. ausente sin aviso desde el día 25 de septiembre de 2013 intimo a que se presente a trabajar en su horario habitual de trabajo en el término de 24 hs, bajo apercibimiento de considerar su ausencia abandono de trabajo por su exclusiva culpa".*

La Sra. T. resistió la intimación, indicando conforme telegrama laboral que obra a fs.5 que se encontraba con licencia por enfermedad desde el 25 de septiembre conforme los certificados médicos oportunamente entregados al Servicio médico de la patronal.

Insistió la empleadora en su posición de ausencias injustificadas desde el 25 de septiembre e intimándola a trabajar con la CD del 15/10/2013 (fs. 7) y finalmente el día 23/10/2013 se remitió la comunicación del despido por "abandono de trabajo" (fs. 9).

No existe margen de duda que entre el médico tratante de la trabajadora y el médico de la empleadora, se dio el supuesto de discrepancia en relación a la dolencia, indicaciones y tratamiento a seguir por la Sra. T.

Tampoco tengo duda que ante la discrepancia, la empresa demandada hizo prevalecer la opinión del médico laboral Dr. M., W, dejando de lado el criterio médico expuesto por el Dr. M., y en base a ello, dispuso el despido de la empleada considerando sus ausencias injustificadas configurando a su criterio el abandono de trabajo.

d) Los agravios puestos a consideración de esta Alzada deberán determinar si resultó procedente la ruptura del vínculo laboral dispuesto por la demandada por abandono de trabajo (art. 244 LCT) y para ello debe definirse el alcance del control médico previsto en el art. 210 LCT.

Esta norma precisa que el trabajador está obligado a someterse al control que efectúe el facultativo designado por la patronal. Sin embargo *"La norma…no determina el alcance y las condiciones en que el empleador puede efectuar el control (…) en suma, la facultad se limita a la verificación de la existencia cierta de la enfermedad incapacitante "*(Tosto "Ley de Contrato de Trabajo" TIV pág.30 Ed La Ley).

La Sra. T. dio aviso de su enfermedad y puso a disposición del contralor médico de la empresa los certificados médicos que dieron cuenta de su patología y el tratamiento indicado, entre los cuales estaba el reposo ambulatorio durante los plazos que ya he referenciado.

Dispuesto el contralor médico en ejercicio de la facultad que le brinda el art. 210 LCT, la Sra. T. se avino a los mismos, sin que se hubiera alegado que la actora no colaborara o mostrara resistencia al control así ordenado.

Resulta de interés para avanzar en la cuestión, que la discrepancia médica entre el médico tratante y el médico afectado al control por la demandada, no refiere a que la patología portante de la Sra. T. era inexistente o simulada, por lo que la cuestión a resolver es la disparidad de opinión en orden a la necesidad o no de ausentarse a cumplir el débito laboral por un mayor o menor tiempo.

De lo que se trata entonces es decidir si corresponde dar prevalencia a la opinión del médico laboral por sobre la opinión del médico personal de la trabajadora y es claro que la cuestión no resuelta en el texto de la ley, ha generado distintas opiniones en doctrina y jurisprudencia. *"La norma no ha previsto un mecanismo para dilucidar las discrepancias. La justicia del trabajo, en diferentes pronunciamientos ha determinado distintas pautas, las que tomadas por la doctrina se las puede enunciar del siguiente modo: a) No cabe asignarle mayor o menor peso a ninguna de las opiniones médicas de cada una de las partes; b) El empleador posee un deber de iniciativa por lo que le cabe arbitrar los medios para una solución que procure conservar el vínculo; sin embargo, lo dicho no es óbice para que el trabajador proponga algún mecanismo igualmente eficaz para dilucidar la cuestión, aun cuando no está obligado a ello; c) Ambas partes están obligadas a un uso funcional del derecho obrando activa y pasivamente en un marco de buena fe y colaboración"* (Tosto op.cit pág 31/32).

Frente a la controversia suscitada por la enfermedad denunciada por la actora, se deben ponderar las conductas de las partes bajo las reglas de aplicación al caso. En primer lugar se debe saber si existió verosimilitud sobre la situación de enfermedad invocada por la actora y notificadas a la demandada y su comportamiento al respecto.

Como ya he señalado, la actora cumplió con avisar a su empleadora y entregar los certificados médicos del Dr. M., estuvo a disposición para el control en las oportunidades que le fue requerido, por lo que no existen constancias que se haya negado al control de la demandada.

La cuestión -debe entenderse-, se suscita a partir del certificado médico agregado a fs. 31 y que otorga reposo por quince días a partir del día 23 de septiembre. Al tiempo del control médico, refiere el Dr. W, a fs.136 vta., que *"ante el examen normal de la paciente le justifica el día 23 y 24 de septiembre porque era el día que había concurrido al consultorio*" (v. parte 8327).

Luego señala que presentó otro certificado del Dr M., que diagnosticaba artritis reumatoidea leve a moderada y le indicaba reposo ambulatorio del 7 al 21 de octubre y que él, por parte 8352(fs.35) la encontró clínicamente estable y compensada y que no se encontraba imposibilitada de realizar sus tareas normales.

En concreto, la actora ejerciendo sus derechos preservados por el principio protectorio y las condiciones dignas y equitativas garantizadas por el arts. 14 bis CN, gozaba del derecho a licencia paga del art. 208 LCT cuya reglamentación indica que el trabajador debe avisar y someterse al control pero no al diagnóstico unilateral del empleador. En todo caso el empleador debe respetar ese derecho (arts. 11, 62, 63, 64 y 65 LCT).

Ahora bien, mientras la actora puso a disposición los certificados médicos que respaldaban sus dolencias y se puso a disposición para los controles, no existe prueba técnica que contradiga a la actora.

Y esto es así porque más allá de discrepar con el otorgamiento de las licencias, la empleadora no adoptó ninguna medida al respecto no obstante el tiempo transcurrido desde la primera comunicación de enfermedad. Dispuso unilateralmente interrumpir el pago de salarios lo que constituye un avance hacia la privación alimentaria de la actora en circunstancias en que, como se comprobó, ostentaba razonable respaldo médico para afirmar su situación laboral y finalmente imputando a la actora estar ausente "sin causa justificada" desde el 25 de septiembre de 2013 (exteriorizando así su postura negativa de que las dolencias certificadas la imposibilitaban trabajar), la emplazó a retornar a prestar tareas bajo apercibimiento de abandono de considerar abandono", el que hizo efectivo en fecha 23 de octubre de 2013. (fs.9)

La actora ya había intimado al pago de los salarios completos del mes de septiembre (fs. 3).

Si el empleador no estaba de acuerdo con el diagnóstico del médico tratante de la actora debió controvertir técnicamente dicho diagnóstico con sus propias auditorias y traerlas a juicio en su caso; tampoco argumentó ni probó en este expediente que el médico tratante falseó la verdad cuando indicó la imposibilidad de la actora de trabajar y menos aún, requirió el dictamen objetivo de un organismo administrativo independiente.

Luego de ello, considero que este caso y dadas las particularidades que el mismo presenta, debe resolverse el mismo partiendo de la base del valor de la certificación médica aportada por la actora. Ello así en el entendimiento de que no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las

discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control empresario -la Ley 21297 eliminó el sistema establecido en el texto original de la L.C.T.- por lo que, en principio, es razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador.

El único argumento defensivo de la parte y en el que se insiste en el agravio es el criterio médico del Dr. W, quien a tenor de su propia declaración, se fundó en el examen clínico y semiológico en cada una de las visitas o consultas y ello a mi criterio es insuficiente para refutar lo aconsejado por el médico tratante. *"Ante la existencia de certificados médicos contradictorios de la actora y de la demandada, la cuestión debió dirimirse a través de un tercer dictamen, no pudiendo desconocerse e invalidarse, por decisión unilateral, una constancia médica como la aportada por el trabajador. Se trata de una de las situaciones en las que se contradicen constancias médicas y, si bien es cierto que la ley 21.297 derogó la solución normativa, en virtud de la cual se designaba un médico oficial, por la vía administrativa, por lo cual existe un verdadero vacío legislativo en relación al artículo 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, ello no implica desistir de una salida razonable y objetiva, cual es la de obtener un tercer criterio, opinión o dictamen médico."* (Caballero, Marcelo F. c/ Frig. Avícola Basavilbaso s/ Cobro de pesos. Cámara CU Sala Laboral, 2468 S 22-11-2000, Base elDial.com - AT27C5).

No puedo soslayar que el control médico de las inasistencias por enfermedad incide no solo la prestación efectiva de las tareas y su correlato de la percepción del salario, sino las eventuales consecuencias que pueden derivar en un mayor agravamiento de la salud del empleado quien -no encontrándose en condiciones de cumplir su trabajo- es puesto en el trance de hacerlo para evitar el desmedro de su retribución.

En suma el accionar de la demandada tuvo tres puntos esenciales: no pagar salarios, desconocer los respaldos médicos de la actora sin que obren en autos fundamentos técnicos y considerar que faltaba sin causa colocándola en situación de tener que contrariar los consejos médicos de no asistir a trabajar para preservar el contrato de trabajo. *"El principal no puede considerar injustificadas las inasistencias del trabajador sobre la única base de la opinión de su propio servicio médico, contraria a la del médico de aquél "*(citado por Fernández Madrid- Caubet- Fernández Madrid "Despidos y Suspensiones"

T I , págs. 522 Ed. La Ley).

Esta línea de conducta es contraria a los deberes de buena fe, colaboración y solidaridad y los derechos del trabajador de permanecer con goce de licencia paga en caso de enfermedad inculpable.

Por lo tanto, la conducta del empleador de desconocer los certificados médicos del médico tratante de la actora, injustificando las inasistencias y despidiendo a la Sra. T. imputándole abandono de trabajo, no se ajustó a derecho y la sentencia en el punto, debe confirmarse.

2.2.

Cuestiona en el segundo agravio, la arbitraria imposición de las multas previstas por los art. 1 y 2 de la ley 24.323.

Para el primer aspecto de la queja, cuestiona que se tuvo por probada la deficiente registración del vínculo en cuanto a la fecha de ingreso y se admitió que la Sra. T. ingresó a trabajar para la demandada, la alegada por la actora en diciembre de 2007.

Al respecto diré que a los jueces no les está obligado ponderar una por una todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo omitir toda

referencia a las que estimaran inconducentes o no esenciales.

Estando controvertida en autos la fecha de ingreso del actor, la prueba de este hecho estaba a cargo de la accionante (art.381 del CPCC).Así se ha dicho que: *"Pesa sobre la parte actora acreditar la fecha de ingreso invocada en el inicio y negada por la accionada en el responde."* (SCBA, L 52810 S 26-10-93, Villan, Luis V. c/Cristalux S.A. s/Despido ").

Comienzo señalando, que si bien la prueba documental implica mayor precisión en los conceptos que pueda contener, resulta válido y en orden a la primacía de la realidad que por cualquier otro medio probatorio idóneo se logre enervar las constancias documentadas, por ej. recibos anexados. Para ello, las declaraciones testimoniales en el punto controvertido, han sido contestes que la Sra. T., ingresó a trabajar para la demandada antes de la fecha registrada del día 15 de abril de 2008.

Por mayor vehemencia puesta por la parte para interpretar las testimoniales, debe señalarse que no ejerció la facultad que le brinda el art. 34 de la Ley XIV N° 1 y aun cuando pueda admitirse que la testigo C., fue muy clara en orden a los sentimientos que abriga para la demandada, las declaraciones de L., I., han dado cuenta que el ingreso de T., fue en diciembre de 2007, dando las explicaciones que el testigo debe dar, en el mismo acto o en una ampliación del testimonio, de la manera cómo pudo adquirir el conocimiento de los hechos y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tal hecho ocurrió, esto es en qué lugar conoció el hecho, cuando tuvo ese conocimiento y en qué circunstancias lo adquirió (cfme Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979, T. II, par. 216, k, págs. 122/123).

Por lo hasta aquí expuesto, coincido con la Sra. Jueza en que la actora aportó prueba suficiente para desacreditar la fecha de ingreso registrada por su

empleadora, habilitando la aplicación de la multa del art.1ero de la ley 25.323, lo que lleva a desestimar el agravio y a la confirmación de la sentencia en el punto.

El otro aspecto del agravio y que refiere al incremento indemnizatorio del art. 2do de la ley debe rechazarse. La intimación que exige la norma obra a fs.13 y conforme vengo desarrollando mi voto es claro que confirmado el despido incausado, los incumplimientos de su parte habilitaron esta instancia judicial sin que pueda advertirse causa que justifique su conducta y justifiquen su morigeración.

2.3

Refiere el apelante que su parte acreditó que es una Pyme y como consecuencia de ello debe desestimarse la integración del mes despido. Ya expuesto el Dr. Fiordelisi cuáles son los recaudos que impone la ley 24.467. No encontrándose acreditado que "E., M., S.A." es una PyME, el agravio en el punto debe desestimarse.

2.4

Cuestiona la tasa de interés aplicada en la instancia de grado.

Esta Cámara en otras oportunidades (in re "S.", C.", "P., M., C.", "H.", "C.", G.", "P.", "D.", "R.", "H.", "M., F.", "C.", entre otros) se ha expedido en orden a la aplicación retroactiva de las normas y sus límites.

En el punto que se apela y conforme dije en los precedentes "C., N., M., c/ M., s.a. s/ Cobro de Pesos e indem. de ley" (SDL 15/16 - 14/04/16) y "J., O.,, Á., c/ C., S.A. s/ Cobro de Pesos e indem.de ley" (SDL 23/16 - 13/05/16), los intereses moratorios son aquellos que, como su nombre lo indican, se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación.

El deudor, con su incumplimiento, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado. Los intereses moratorios constituyen la indemnización de dicho perjuicio y requieren para su procedencia que el incumplimiento sea imputable al deudor, objetiva o subjetivamente.

De esta forma, considero que la existencia del interés moratorio como daño surge *in re ipsa* del incumplimiento del pago de las remuneraciones y como tal, tiene carácter indemnizatorio y rige la norma aplicable a ese momento y no la posterior. Véase que la señora jueza de grado aplicó los intereses "desde la exigibilidad de cada crédito" y el incumplimiento al que alude ocurrió vigente el código anterior por lo que no le era posible aplicar las disposiciones del CCy C.

Por otro lado y sin ningún argumento que lo justifique, se prescinde en la sentencia que los intereses requeridos en la demanda fueron los de la "tasa activa para descuento de documentos del Banco del Chubut S.A." y que vigente el nuevo CCy C, nada observó la parte respecto de la aplicación del mismo en materia de intereses y menos aún insinuó la tasa determinada en la sentencia. Por el contrario, al tiempo de alegar, ya vigente el CCyC (12/2/16) pidió que se hiciera lugar a la demanda, *"condenando a la demandada a abonar los rubros indemnizatorios reclamados en el escrito de inicio…Ello con más sus intereses"*.

Luego de lo expuesto, los intereses que deberán aplicarse al monto de condena serán los requeridos por la parte actora al tiempo de formular su demanda, los que no fueron controvertidos en cuanto a su tasa, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

2.5.

Concluyo el tratamiento de los agravios admitiendo aquel que refiere a la tasa de interés aplicable al monto de condena y confirmándolo en todo lo demás que decide.

3.

Las costas.

a) Conforme el art. 282 del CPCC pueden readecuarse, al resultado del recurso, las costas y honorarios de la instancia de grado. Sin perjuicio de ello, lo que se modifica de la sentencia no altera la condición de vencido de la demandada (art. 69 CPCC) y los honorarios, estipulados en porcentajes, se ajustaran al monto de condena que resulte.

b) Las costas en la Alzada se imponen a la recurrente vencida en lo esencial del recurso (art. 69 del CPCC) y en tanto la cuestión de los intereses fue dispuesta oficiosamente por la magistrada de grado y no fue sostenida por la actora en su contestación de agravios. Los honorarios propuestos por el Dr. Fiordelisi se ajustan a la actuación cumplida por los profesionales en esta sede en cuanto al mérito y resultado obtenido (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en el punto que

corresponde a la determinación de la tasa de interés a computarse sobre el monto de la condena.

2) **DISPONER** que la tasa de interés a pagar por la demandada sobre el monto de la condena es la tasa activa para el descuento de documentos del Banco del Chubut S.A., por el período indicado en la sentencia en crisis lo cual no ha sido cuestionado.
3) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de agravio.
4) **NO ADECUAR LA IMPOSICION DE COSTAS Y HONORARIOS** fijados en la primera instancia.
5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados apoderados de la actora, Dres. F., A., A., y M., A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de la letrada apoderada de la demandada, Dra. M., M., P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° IV y modificat.).
6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara M., Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto M., pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en el punto que corresponde a la determinación de la tasa de interés a computarse sobre el monto de la condena.
2) **DISPONER** que la tasa de interés a pagar por la demandada sobre el monto de la condena es la tasa activa para el descuento de documentos del Banco del Chubut S.A., por el período indicado en la sentencia en crisis lo cual no ha sido cuestionado.
3) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de agravio.
4) **NO ADECUAR LA IMPOSICION DE COSTAS Y HONORARIOS** fijados en la primera instancia.
5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados apoderados de la actora, Dres. F., A., A., y M., A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de la letrada apoderada de la demandada, Dra. M., M., P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de

lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley

XIII N° IV y modificat.).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.